

A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira

Tourinho Filho*

O objetivo deste trabalho é procurar prestar uma colaboração aos estudos sobre a reforma do nosso Código de Processo Penal. O anteprojeto de autoria da Comissão de Juristas tem seus altos e baixos. Há muita coisa boa. Por outro lado, o nosso estatuto processual penal, nesses sessenta e nove anos de vigência, já sofreu várias reformas pontuais, algumas devendo continuar e outras merecendo melhor estudo, de que é exemplo a decretação da prisão preventiva para assegurar as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, mesmo porque, ainda segundo o Projeto da Comissão de Juristas, e nesse particular merece louvores, a preventiva deve ser decretada quando o criminoso estiver perturbando a instrução criminal ou para garantir a eficácia da condenação, e nenhuma dessas circunstâncias ocorre quando o juiz determina medida protetiva de urgência. Nesse caso, bem poderá o juiz, à semelhança do que se dá com o alimentante inadimplente, determinar a prisão daquele que estiver obstaculizando o cumprimento da medida protetiva de urgência. Efetivada a medida, cessará imediatamente o ato constritivo de liberdade. Entretanto, mal foi apresentado o projeto, veio a Comissão Temporária de Estudos das Reformas do Código de Processo Penal — analisando uma série de projetos que estavam ali sem andamento, conglomerou-os, e voltou a permitir a preventiva (que é medida cautelar) para *garantir a ordem pública e a ordem econômica*.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu art. 9º, deixou claro que

(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia (José Daniel Cesano, El nuevo derecho procesal penal, Peru: Ara Editores, 2010, p. 25).

E antes, à p. 22, observou o mestre:

(...) La prisión preventiva debe responder únicamente al resguardo de una finalidad procesal... la detención preventiva, como medida cautelar, solo puede tener fines procesales.

Qual a ligação entre ordem pública ou econômica e processo? Onde está a cautelaridade, nesse caso? Ordem pública chega a ser expressão polissêmica, tão grande a variedade de sentidos... e apresenta uma certa dose de subjetividade: crime bárbaro (ordem pública), desrespeito à autoridade (ordem pública), satisfação à sociedade (ordem pública)... E por aí vai... Enfim: há necessidade de um ajuste do nosso diploma processual penal adequado à nossa realidade, sem novidades que possam dificultar sua aplicação. O que interessa é a praticidade. O que vale a pena é a simplicidade. Elaborar a lei com os pés no chão, cientificando-se da nossa estrutura.

A nossa Lei de Execução Penal é uma pérola. Dá inveja a qualquer país. Mas a realidade é bem diversa. Diz o seu art. 85: *"O estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade(...)"*. E o que vemos diuturnamente é uma superpopulação carcerária que causa horror à pessoa mais insensível. O art. 88: *"O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório(...)"* *A área mínima da cela é de 6m²*". Quanta hipocrisia! Numa cela que comporta um, ficam oito ou dez presos. Em Pinhais, próximo a Curitiba, numa cadeia que comporta 40 presos há 180. Das 1.800 unidades prisionais existentes no Brasil, apenas 100 não podem ser criticadas. As demais não possuem celas individuais. O vaso sanitário serve a 15 ou 20 presos numa cela coletiva... à vista dos demais. Em outras, são bacias turcas, em que as necessidades fisiológicas são feitas de cócoras. Numa cadeia para 80 presos ficam 250 ou mais. A reportagem da TV Record no Espírito Santo mostrou para todo o Brasil, estarecido, o tratamento dado aos presos em suas penitenciárias e contêineres... Estes são usados, também, no Paraná, Santa Catarina e Pará. Em cada contêiner há beliches, treliches e até quadriliches. Daí as sucessivas rebeliões que a imprensa televisiva quase diariamente leva aos nossos lares, deixando todos contristados.

E mesmo no Estado mais rico da Federação, a situação de precariedade das penitenciárias não é diferente. Cada uma das penitenciárias criadas pela União, em Mossoró, Catanduvas, Campo Grande, Porto Velho e Rondônia, comporta apenas 208 presos. Quando a população carcerária ultrapassa a casa dos 480 mil, percebe-se a insignificância da contribuição da União.

* Fernando da Costa Tourinho Filho é promotor de Justiça em São Paulo — aposentado, advogado militante na área criminal e professor universitário.

Não podemos nem devemos elaborar um diploma de tamanha importância para ser citado no exterior, ou viger apenas nas grandes comarcas; ele deve vigorar também nos pequenos e longínquos foros espalhados por esses brasis afora, cujos meios de comunicação, seja por via terrestre, seja por via fluvial, todos conhecemos e lamentamos.

Atento, pois, exclusivamente à nossa vida forense, apresentamos esta colaboração.

Os que conhecem a Lei de Execução Penal sabem que entre ela e a realidade brasileira há um verdadeiro abismo. É completamente diferente do que ocorre nas nossas penitenciárias. Por isso mesmo, e com muito mais razão, devemos dar aos operadores do Direito um instrumento simples de aplicação da lei penal, sem prejuízo da observância da melhor doutrina e da melhor orientação dos nossos Tribunais Superiores. Algo, enfim, que não cause uma mudança brusca, e às vezes impraticável, no dia a dia forense.

Suprimimos o juiz de garantias. Por acaso o juiz de garantias pode impedir a rudeza de alguns delegados? Poderá, tanto quanto o juiz que vai presidir a instrução. Por que complicar quando se pode simplificar? De que adiantam todos esses cuidados com o *investigado* para, após a condenação, ser o infeliz lançado como farrapo humano num ambiente insalubre e sem a menor condição de higiene, negando-se-lhe um mínimo de dignidade? A mesma dignidade proclamada no art. 1º, III, da Magna Carta como um dos seus princípios fundamentais. O art. 5º, III, da CF dispõe que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. E o Estado de Direito, com o seu regime penitenciário, respeita esse princípio e esse direito fundamental? De que servem essas garantias judiciais se a justiça, como assinala Cafferata Neres no seu *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Buenos Aires, 2000, pp. 199/200), “se detém nas portas dos cárceres?”. Dante Alighieri, ao cuidar do Inferno (Canto III, n. 9), dizia: “*Lasciate ogni speranza, voi che entrate*” (Deixai toda a esperança, ó vós que entraís!”. E é precisamente o que ouvem aqueles que são condenados definitivamente.

O nosso Código de Processo Penal não deve conter disposições mirabolantes nem empavonadas, uma vez que a grande maioria das nossas comarcas tem apenas um juiz (quando tem...), de sorte que teríamos uma aplicação desunificada do CPP, a menos que venham a ser criados cargos de *juiz de garantias*, com evidente sangria aos cofres públicos, em detrimento do bem-estar da população carente e sofrida, que no Brasil assume proporção bem significativa, para não dizermos alarmante, e sem nenhum proveito, porquanto o

juiz de garantias é aquele que não investiga. O que investiga não julga. Aí, sim, teríamos o pretendido juiz de garantias. Esse sim é o verdadeiro juiz de garantias, e o Brasil não tem estrutura para manter um juiz para instruir o processo e outro para julgá-lo.

Mesmo que se pretenda criar esse juiz de garantias tupiniquim, preferimos, mil vezes, a lição do *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, a partir do precedente *Le Compte – Vai Leuven De Meyere vs. Bélgica: o juiz é imparcial até que se demonstre o contrário*. A propósito, Marcelo Sancinetti, *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal* (Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2001, p. 18) e José Daniel Cesano (*op. cit.*, p. 37). Partindo desse princípio adotado no primeiro mundo, e sabendo nós que o nosso diploma não permite que o juiz de instrução e julgamento possa proferir sentença condenatória respaldado apenas nas investigações pré-processuais, para que esse juiz de garantias?

Para impedir o uso de algemas, desnecessariamente, em pessoas que conseguiram certa projeção? Já existe solução: ela está no art. 4º, alínea *b*, da Lei 4.898/1965: “Constitui também abuso de autoridade: (...) *b*) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”; o Ministério Público que processe o desastrado policial. Foi a autoridade policial que procedeu, sem ordem judicial, à *interceptação telefônica*? Aí está o art. 10 da Lei 9.296/1996 punindo a autoridade sem freios. A autoridade policial atentou contra a liberdade de locomoção, procedeu à busca domiciliar sem autorização judicial, violou o sigilo da correspondência, atentou contra a incolumidade física do cidadão? Aí está o art. 3º da Lei 4.898/1965 para punir a autoridade despótica, discricionária(...) E evidentemente não há necessidade de um juiz de garantias para coibir esses abusos. Cumpre, isto sim, ao Ministério Público, no mínimo, levar tais fatos ao conhecimento do juiz, ou ele mesmo requisitar a instauração de inquérito contra a autoridade discricionária.

Ademais, quem conhece o sertão nordestino, o interior do norte do País, sabe que o juiz de garantias é uma utopia. Dezenas e dezenas de comarcas nem sequer têm juízes e promotores titulares. No substitutivo ao projeto, acenou-se com a possibilidade de as Leis de Organização Judiciária preverem a indicação do juiz de garantias, à semelhança do que ocorre com as substituições automáticas nos casos de impedimentos e suspeição. Esses casos são raros, e, quando ocorrem, o juiz substituto se desloca até a comarca para atuar em nome do suspeito ou impedido. Num País cujas comarcas, às vezes, distam dezenas de quilômetros de

distância uma da outra, qual seria o juiz de garantias? Houve quem dissesse que a adoção do juiz de garantias representava uma *garantia da legalidade da fase pré-processual*. Por acaso essa legalidade não é observada sem a figura do juiz de garantias? Que poderá fazer o juiz de garantias que não possa fazer o juiz a quem for distribuído o inquérito? Se o fato é grave e imprescindível a escuta telefônica, o juiz autoriza, seja ele o de garantias ou o do processo. O mesmo se diga em relação a todas as medidas cautelares. Quando o juiz profere a sua decisão fica atento para os atos instrutórios, e não para os da investigação ou inquérito. Com razão a Corte Suprema da Argentina observou:

La mera circunstancia de que un juez cumpla la función de instruir y de juzgar no significa, per se, una violación a la garantía del juez imparcial, la cuestión depende de las particularidades del caso concreto(...), *ênfatizando em seguida*: las medidas cautelares dictadas durante el curso del procedimiento no importan prejuzgamiento (apud José Daniel Cesano, op. cit., p. 41).

Os mais avançados Códigos de Processo Penal do mundo, ao que nos consta, não conhecem o juiz de garantias. Não confundir o juiz de garantias com o francês. Na França há o *juge d'instruction* e o *juge de jugement*. Cabe ao primeiro colher as provas acusatórias, sem a participação da defesa, ou, como diz o art. 11 do *Code de Procédure Pénale*: (...) *la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Elle n'est pas contradictoire* (Corinne R. Brahinsky, *Procédure Pénale*, Paris: Gualino Éditeur, p. 115). A instrução não é contraditória. Entre nós as provas que são apuradas no inquérito, que é sigiloso, são repetidas em juízo sob o crivo do contraditório. Inegavelmente, nesse particular, o nosso diploma, em se tratando de tutela do direito de liberdade, supera o sistema francês. As provas que servem para a prolação da sentença são colhidas depois de *baixar a poeira*, como se costuma dizer. De imediato, com os ânimos ainda agitados e inquietos, ainda sob comoção, a colheita da prova pode sair deturpada. Entre nós, primeiro há a fase pré-processual... depois a instrutória. Esta é que vale. É contraditória. Outrossim: nos termos do art. 155 do CPP, o juiz não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Se tudo pode e deve ser repetido na instrução, para que juiz de garantias? Por acaso o juiz do processo não vai tomar conhecimento de tudo quanto se passou na fase preambular da ação penal? Se, por acaso, a investigação coubesse a um juiz e o julgamento a outro, aí, sim, teríamos o verdadeiro juiz de garantias.

Além disso, as medidas tomadas pelo juiz de garantias, como decretação ou não decretação de prisão temporária ou prisão preventiva, a autorização ou não autorização para busca domiciliar e escutas telefônicas podem afrontar o entendimento do juiz a quem for distribuído o inquérito e criar um clima desagradável entre eles. Tudo depende da formação de um e de outro. Numa comarca em que haja dois juizes, um será o juiz de garantias do outro. Evidente que eles trocam ideias a respeito do assunto. Há um clima de amizade e entendimento entre os juizes de uma mesma comarca. Se por acaso um vier a desagradar o outro, a emenda sairá pior que o soneto... como diz um dos nossos mais velhos anexins. Embora não caiba ao juiz decretar a preventiva de ofício... o promotor pode requerer... E num mesmo ambiente de trabalho, num clima de cordialidade e entendimento... tudo vai depender do temperamento, da formação e independência de juizes e promotores.

Todos sabemos que o juiz não pode proferir sentença condenatória com respaldo exclusivamente nos autos do inquérito policial. E, se o fizer, a segunda instância corrige o exagero. Ademais, qualquer *extravagância* do juiz em detrimento do indiciado poderá ser jugulada mercê de um *habeas corpus*. O mesmo acontecerá se implantarmos o juiz de garantias. Qual seria a vantagem? Há Estados que, mesmo possuindo um orçamento respeitável, até agora não criaram o Juizado Especial Criminal. No Estado de São Paulo numerosas comarcas não têm o Juizado Especial Criminal. Em Bauru/SP, cidade com mais de 380 mil habitantes, com cinco faculdades de Direito, uma faculdade de Odontologia modelar que abriga, inclusive, alunos do exterior, quatro varas criminais, cinco cíveis e uma da infância e juventude, e três varas federais, não há Juizado Especial Criminal. O boletim de ocorrência, nas infrações de menor potencial ofensivo, é remetido ao Fórum e pode ser distribuído à 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª Vara criminal. Em algumas comarcas são os escreventes que solucionam o problema cível e criminal... Note-se: a competência do Juizado é absoluta e vem prevista na Constituição da República. A Lei. 9.099/1995, no seu art. 95, estabeleceu o prazo de seis meses para que os Estados criassem os Juizados Especiais Criminais. Já se passaram 15 anos, estamos em 2010, e o projeto substitutivo da CCJ do Senado diz que “onde ainda não se instalou o Juizado, as funções deste serão acumuladas pelo juiz criminal (...)”. *Le Brésil n'est pas encore*(...).

Quando muito, nas comarcas com mais de 1 milhão de habitantes poder-se-ia criar um órgão à semelhança do Departamento de Inquéritos Policiais

(DIPO), que existe na capital paulista, o qual, por sua vez, tem similares em Curitiba e Recife, com o nome de Centrais de Inquéritos, sem a denominação de juiz de garantias, para não dar a entender que o da instrução não o seja. Sua finalidade seria dar maior agilidade ao andamento dos inquéritos, principalmente nas concessões de prazos para a conclusão das investigações, relaxamento da prisão em flagrante, quando ilegal a prisão, concessão de liberdade provisória, quando couber, arredada, nesses casos, a prevenção.

Mas o delegado de polícia da minha querida e inesquecível Itambé/BA viajar 60 quilômetros até Conquista, Encruzilhada ou Itapetinga, com indiscutíveis gastos com a viatura, para submeter ao juiz de garantias pedido de dilação de prazo ou apresentar cópia do auto de prisão em flagrante, isso é querer complicar o que pode ser singelo, e ferir mais ainda os sofridos e maltratados cofres públicos, com mais despesas inúteis. A comarca mais próxima de Oiapoque, no Amapá, é Calsoene, distante 400 quilômetros uma da outra. Em estrada não pavimentada. Para baixo de Macapá está Tartarugalzinho, 100 quilômetros. No Amazonas e Pará, a distância entre a grande maioria das comarcas se mede em dias de viagem de barco. No Acre, quando chove e os rios transbordam, o meio de transporte é o avião. O resto já sabemos como é.

O atual Código de Processo Penal precisava e precisa de uma atualização, tal como ocorreu com a *StPO* de 1877 e o *Code de Procédure Pénale* de 1808. Não é da nossa cultura atribuir ao juiz penal poderes para fixar valores pertinentes aos danos decorrentes de crime. Tampouco criar a figura da *partie civile*. O ingresso da vítima no processo penal para postular apenas a satisfação do dano, pode causar tumulto e arrastar o processo por mais tempo. O nosso Código de Processo Penal do Império, seguindo a orientação do *Code d'Instruction Pénale* de 1808, dispunha no seu art. 269, § 5º, que o juiz de Direito, além de outros quesitos, indagava dos jurados “se havia lugar à indenização”. As consequências foram tão desastrosas que a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 68, revogou aquela disposição, nestes termos: “A indenização em todos os casos será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá porém questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu auctor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

O Código Penal de 1990 e todos os Códigos de Processo Penal que havia nos Estados seguiram aquela

orientação, que se consumou com o advento do Código Civil de 1916, cujo art. 1.525 reproduziu a parte final do art. 68 daquela Lei Imperial. Já em 1941, quando ocorreu a unificação dos Códigos de Processo Penal, o Min. Francisco Campos, um dos mais cultos ministros de Justiça que tivemos em toda a República, e que coordenou a feitura dos Códigos Penal e de Processo Penal, chamava a atenção para esse fato: o problema da satisfação do dano fica afeto ao Juízo Cível, que, em razão da matéria, é o competente.

Já perfilhamos posição diversa tão logo surgiu a Lei 9.099/1995. E hoje, meditando sobre o assunto, passamos a entender que o problema da indenização material ou moral deve ficar afeto a um magistrado mais familiarizado com o Direito Civil. Embora o fato gerador das responsabilidades penal e civil seja o crime, e não obstante a prevalência da decisão penal sobre a civil, o certo é que os juízes cíveis estão mais afeitos com o problema. Além do mais, a postulação da indenização dentro no processo penal, vale a pena repetir, pode castrar a celeridade que se procura dar a esse processo.

Quanto à supressão da ação penal privada, embora tenha a desvantagem da impossibilidade de o ofendido poder exercer o *jus accusationis*, por outro lado lhe retira o ônus de contratar advogado ou, se for pobre, requerer ao juiz a nomeação de um. Ademais, se o Estado é o titular do direito de punir, a acusação deve ficar a seu cargo. Quando muito, em razão dos efeitos deletérios que o *strepitus fori* possa causar à vítima, ou mesmo para preservar um eventual e futuro conagraamento entre autor e vítima, permitir a esta o direito de julgar da conveniência ou não quanto à persecução criminal, à semelhança do que ocorreu com a reforma do CPP italiano de 1930, seja previsto o instituto do perdão quando a ação penal estiver subordinada à representação. Se o Ministério Público, para promover a ação penal, nesses casos, depende de uma manifestação da vítima ou quem de direito, se, mesmo concedida a permissão, quem fez a representação pode retratar-se antes da oferta da denúncia, tal como dispõe o art. 25 do atual CPP, se no Juizado Especial Criminal a satisfação do dano é causa extintiva da punibilidade, nos crimes cuja ação penal se subordine à representação, parece-nos não haver uma razão lógica para não conceder ao ofendido o direito de perdoar até antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Na Itália é assim. Muito a propósito o art. 152 do *Codice Penale*: *Nei delitti a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato*. A impossibilidade da concessão do perdão seria para castigar a vítima pelo fato de ter feito a

representação e depois de um ano ter-se arrependido, dando trabalho a juízes e promotores? Poder-se-ia impedir o perdão, depois de instaurado o processo, se a vítima for menor de 18 anos e os seus interesses e os do seu representante legal forem colidentes. Aí, sim, o nosso superaria, nesse particular, o italiano.

O inquérito, a ação penal, a ação civil, a competência são institutos que precisam somente de um ajuste. No inquérito, apenas quatro observações: a) abolir a requisição judicial visando à instauração do inquérito; b) dar nova redação ao § 2º do art. 5º, que fala em “recurso ao chefe de polícia”, antiga denominação dada ao secretário da Segurança Pública, visto que não havia outra autoridade abaixo do secretário e acima do delegado; c) alterar o art. 22, dizendo que a regra se estende às comarcas contíguas; e, d) aumentar de dez para 30 dias o prazo para a conclusão do inquérito, quando preso o indiciado, e de 30 para 90, se solto estiver, tal como ocorre na Lei de Drogas.

Quanto à ação penal, excluir a ação penal privada propriamente dita e a personalíssima, e ajustar o capítulo de conformidade com a Lei 11.719/2008, substituindo o art. 43 pelo 395 e revogando os arts. 44, 45 e os demais que digam respeito à ação privada. Não há por que excluir a requisição do ministro da Justiça em certos crimes, por exemplo, os cometidos contra a honra dos presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de chefe de governo estrangeiro. Nesses casos, deve o ministro da Justiça aquilatar das vantagens e desvantagens da propositura da ação penal. Não fosse a inteligência e habilidade do Min. Hermes Lima, quando da injúria cometida contra João Goulart, pela oratória incendiária de Carlos Lacerda, talvez tivéssemos uma convulsão social.

Os capítulos do nosso CPP sobre ação civil e competência nem sequer devem ser alterados, salvo para incluir o contido na Súmula 122 do STJ no inciso IV do art. 78 e dizer, no parágrafo único do art. 64, que proposta a ação penal o juiz do cível deve sobrestar o andamento da ação civil até o julgamento da ação penal, para evitar decisões contrastantes. O capítulo das Questões incidentais não merece a menor censura, salvo para acrescentar no art. 117, ao lado do STF, o STJ e demais tribunais, e resolver o problema do conflito de atribuições entre membros do MP, quando integrarem Ministérios Públicos sob a chefia do procurador-geral da República e procuradores-gerais de Justiça. Como se trata de hipóteses raras, nada impede se atribua essa função ao STJ com um número bem maior de ministros.

As causas que geram o impedimento e suspeição dos juízes e membros do Ministério Público devem ser estendidas aos delegados de Polícia, dando-se nova redação ao art. 107 do CPP.

No capítulo da Prova (arts. 155/250), manter com a redação dada pelas Leis 11.690/2008 e 11.900/2009, com estas alterações: a) cuidar do reconhecimento fotográfico, exigindo que a autoridade exiba quatro ou cinco fotografias de pessoas que guardem certa semelhança com a pessoa que vai ser reconhecida; b) acrescentar, no corpo do art. 206, o *companheiro*, quando houver união estável; c) estabelecer que as partes devem ser notificadas para a audiência de testemunhas e vítima no juízo deprecado; d) dar nova redação ao art. 241, excluindo a figura da autoridade policial, em face do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal; e) acrescentar no capítulo dos Sujeitos processuais o defensor público; f) estabelecer que o assistente da acusação só pode recorrer nos casos de absolvição, impronúncia, extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia; g) reservar a prisão especial para ministros de Estado, governadores, prefeitos municipais, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e delegados de Polícia, mesmo porque certos privilégios em nome do interesse público não maltratam o princípio da isonomia e, ademais, o convívio com aqueles que foram investigados, processados e condenados não é recomendável; h) permitir a prisão preventiva apenas para preservar a instrução criminal ou a investigação policial e para tornar eficaz a aplicação da pena; i) revogar o inciso IV do art. 313.

No capítulo da Liberdade provisória, excluir os arts. 321 e 322, os incisos II e IV do art. 323 e a parte final do inciso II do art. 324 (prisão *administrativa ou militar*), mesmo porque não temos mais prisão administrativa e a Justiça Militar desconhece o instituto da fiança. Quanto ao valor da fiança, é inacreditável que a CCJ do Senado se houvesse valido do salário-mínimo para a fixação do *quantum*, em afronta à parte final do inciso IV do art. 7º da *Lex Mater*, que veda sua vinculação para qualquer fim. Excepcionalmente, a Suprema Corte dele se tem valido para efeito de pensão alimentícia.

Expungir do processo todos os institutos que de há muito foram extintos: a) prisão administrativa (arts. 319/320); b) aplicação provisória de interdições de direito e medida de segurança (arts. 373/380); c) excluir os arts. 503/512, hoje objeto de lei especial; d) excluir os arts. 549/555 (aplicação de medida de segurança por fato não criminoso); e) substituir os arts. 556/562 por aqueles que tratam da competência originária (Leis 8.038/1990 e 8.658/1993). Os capítulos sobre sentença

e procedimentos comum e sumário devem permanecer tal como estão nos arts. 381/392, já com a sua nova redação (excluindo-se o 393); os arts. 394 a 405 devem ser mantidos com a redação dada pela Lei 11.719/2008. O capítulo do Júri deve ser mantido tal como está na Lei 11.689/2008, com as seguintes alterações: a) quando da convocação dos 25 jurados, deverão ser remetidas, para cada um deles, cópias da pronúncia e do relatório; b) o recrutamento dos jurados deve ser feito da seguinte forma: o juiz-presidente requisita do Cartório Eleitoral um número x de eleitores, excluindo-se os analfabetos e aqueles que já foram processados, sem prejuízo de ser investigada a idoneidade de cada um deles. Explica-se: quando o juiz oficia às entidades de classe, universidades e outros órgãos os nomes indicados são de pessoas de alto nível, quase todas com formação universitária, elitizando-se o júri; c) quando do momento das recusas peremptórias, indagar-se-á por primeiro à acusação e em seguida à defesa. Não se deve deslembrar que o júri está no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem; d) na contagem das cédulas, quando da votação de qualquer quesito, se a decisão for unânime, deve o juiz contar até a 4ª cédula, mantendo-se o sigilo do voto; e) quando do juramento, maltrata o princípio da soberania, o pedido de julgar de acordo com as provas dos autos. Os jurados julgam de acordo com a sua íntima convicção. Se os jurados devessem fundamentar suas decisões, aí, sim, não poderiam afastar-se das provas dos autos. Não é o caso. Se a Constituição quisesse que os jurados julgassem de acordo com as provas dos autos, para que serviria o júri? O capítulo das Nulidades permanece como está no Projeto. No capítulo dos Atos e prazos processuais, estabelecer o critério para a contagem do prazo quando fixado em minutos e hora. Quanto às citações e intimações por mandado, o prazo se inicia com a sua efetiva juntada, o mesmo ocorrendo se realizadas por precatória ou rogatória; neste último caso, que se suspenda o prazo prescricional. No capítulo do *Habeas Corpus*, um reparo: tanto na primeira como na segunda instâncias o órgão do Ministério Público deverá dispor de dois dias para se manifestar sobre o pedido. Salvante isso, o CPP, no particular, deve ficar inalterado.

Não há por que retirar do júri os crimes conexos. Temos muito bem convivido, desde fevereiro de 1948, com esse sistema. A *perpetuatio jurisdictionis* implica celeridade e economia processuais. Se o júri julga o homicídio, por que não o desacato, a resistência, a lesão grave e outros quando conexos com aquele, se todos eles estavam no mesmo contexto fático? Evidente que cessada a competência do Tribunal popular, em face

de uma desclassificação, os crimes conexos passarão para o juiz-presidente.

Se ninguém pode ser julgado senão pelo juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato, *como está no projeto*, evidente que a pessoa com direito a foro privativo, se perder o cargo ou a função, depois de haver praticado a infração, nem por isso se afasta do seu juiz natural, sob pena de haver *contradictio in adjectis*. Ademais, nesses casos, quando a autoridade não quiser ser julgada pelo seu juiz natural, renunciará ao cargo. O capítulo da Prova merece maior reflexão tendo em vista a nossa realidade. Não há condições para se tomar o depoimento de uma criança com aquele aparato. Basta seja ouvida, com uma linguagem educada e serena, a portas fechadas. Quanto ao recurso em sentido estrito, louvável sua substituição pelo agravo de instrumento, mas é preciso que se simplifique e não se procure processualizar civilmente o processo penal. O agravo deve ser interposto perante o juiz. Se este o desacolher, deverá ser remetido ao Tribunal. Caso contrário, se a nova decisão do juiz comportar recurso, bastará ao agravado requerer o simples encaminhamento dos autos do agravo ao órgão *ad quem*. O protesto por novo júri deve ser mantido em outros termos (quando a pena imposta for igual ou superior a 25 anos, devendo o novo júri ser presidido por outro juiz, como ao tempo do Império), mesmo porque umbilicalmente ligado à instituição do júri, cuja defesa é plena, e, obviamente, com todos os recursos a ela inerentes.

Embora não houvéssimos incluído na nossa proposta o duplo grau de jurisdição obrigatório, entendemos que, na hipótese de o juiz impor ao réu pena igual ou superior a oito anos, deverá ele submeter sua decisão monocrática ao crivo da segunda instância. Isso é respeito ao direito do cidadão.

Não concebemos os sete jurados, após os debates, reunirem-se a portas fechadas para deliberar sobre a condenação ou absolvição. Ao tempo do Império era assim. Mas, àquela época, a Constituição Imperial, nos arts. 151 e 152, nem sequer diziam quais os crimes que eles poderiam julgar e muito menos falava em *sigilação da votação*. Hoje, não. Desde a Constituição de 1946 até a atual, a sigilação da votação é assegurada aos jurados. A inconstitucionalidade da disposição é visível a olho nu, uma vez que cada um deles fica sabendo qual a opinião dos demais. Evidente que, se os sete jurados trocarem ideias a portas fechadas, o mais instruído ou o mais convincente altera o julgamento. Seria bom rever o velho filme *Doze homens e uma sentença*, com Henry Fonda.

Itália, Alemanha, França e Portugal, entre outros países da Europa, adotam o escabinado: dois ou três juízes togados e quatro ou seis juízes leigos integram o órgão julgador, os quais, após os debates, reúnem-se a portas fechadas para deliberar. E os autores espanhóis, sarcasticamente, denominam essa instituição Júri tutelado... , tamanha a influência dos togados sobre os leigos. Também na contagem dos votos pertinentes a qualquer quesito, havendo unanimidade, conta-se até a cédula quatro, preservando-se desse modo o sigilo do voto. Quando do sorteio dos jurados, no momento da indagação sobre as recusas peremptórias, por primeiro indaga-se à acusação e em seguida à defesa. Louvável

a abolição da carta testemunhável. O procedimento do agravo na hipótese de inadmissão de recursos extraordinário e especial, como está no Projeto, agiliza e muito o andamento desses recursos.

Os procedimentos introduzidos pela Lei 11.719/2008 deram ao processo penal uma vitalidade nunca vista e por isso deve ela ser acolhida pelo Projeto. Contudo, entendemos, no intuito exclusivo e único de procurar atualizar o nosso Código de Processo Penal, devam ser simplificados alguns institutos, deixando o nosso estatuto processual penal como um instrumento de fácil manejo, sem perder a modernidade e a eficácia. Uma lei feita com os pés no chão...